

HACIA UNA ADECUADA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES EN LA RELACIÓN LABORAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

TOWARDS ADEQUATE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SECRET AND INVIOLEABLE COMMUNICATIONS IN THE LABOR RELATIONSHIP: CONSTITUTIONAL ANALYSIS IN THE LIGHT OF NEW TECHNOLOGIES

Raúl Humberto Feijóo Cambiaso*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Payet, Rey, Cauvi, Pérez

We are currently immersed in accelerated technological progress, which brings with it both advantages for the world of communications and challenges for fundamental rights. These challenges are exemplified when talking about communications within the workplace. The phenomenon is such that both the Peruvian Supreme Court and Constitutional Court have emphasized the protection of the worker against a possible inspection by the employer of the content of his work email, unless there is a prior judicial investigation.

This article analyzes the right to secrecy and inviolability of communications in labor relations from a current perspective. The axis of the research deals with the treatment of technological support provided by employers, especially the regulation of institutional emails. The author performs a comparative analysis of Peruvian, Spanish and European Court of Human Rights jurisprudence and concludes by delving into the topic of control of conversations in the worker's social media carried out by means of an electronic support provided by the employer.

KEYWORDS: *Secrecy and inviolability of communications; email, social networks; employment relationship; new technologies.*

Actualmente nos encontramos inmersos en un acelerado progreso tecnológico, el cual trae consigo ventajas para el mundo de las comunicaciones, pero retos para los derechos fundamentales. Estos desafíos se evidencian en el ejemplo de las comunicaciones dentro del contexto laboral. Es tal el fenómeno que tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional peruano han puesto de manifiesto la protección del trabajador ante una eventual inspección por parte del empleador del contenido de su correo electrónico institucional, salvo que exista una investigación de carácter judicial previa.

El presente artículo analiza el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones en las relaciones laborales desde una perspectiva actual. El eje de la investigación versa sobre el tratamiento del soporte tecnológico brindado por los empleadores, en especial la regulación sobre los correos electrónicos institucionales. Para ello, el autor realiza un análisis comparado de la jurisprudencia peruana, española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y concluye explorando la problemática del control de las conversaciones en las redes sociales del trabajador realizadas mediante un soporte electrónico brindado por el empleador.

PALABRAS CLAVE: *Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones; correo electrónico; redes sociales; relación laboral; nuevas tecnologías.*

* Abogado. Adjunto de docencia del curso de Sistema de Justicia y Fundamentos Constitucionales del Proceso en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado en el Área de Solución de Controversias del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: rfeijoo@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 24 de enero de 2021, y aceptado por el mismo el 27 de junio de 2021.

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de mayo de 2017 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Casación 14614-2016, donde la Corte Suprema fijó como criterio que el establecer de forma expresa en el reglamento interno de trabajo una facultad de control por parte del empleador no permite que este pueda revisar el contenido del correo electrónico institucional de sus trabajadores. A partir del recurso de casación interpuesto por Nestlé Perú S.A., esta sentencia consideró que los medios informáticos (*chat*, correo electrónico, entre otros) que son propiedad del empleador, pero que se encuentran a disposición del trabajador, pueden ser usados por este último para fines personales. Asimismo, estableció en su décimo sexto fundamento jurídico que una intromisión en tales correos electrónicos supone una violación de los derechos fundamentales del trabajador (Casación 14614-2016, 2017).

En la misma línea, se publicó el 14 de diciembre de 2018 en el Diario Oficial El Peruano la sentencia recaída en el Expediente 5532-2014-AA/TC del Tribunal Constitucional del Perú. Dicha sentencia coincide con los criterios señalados por la Corte Suprema en el párrafo anterior, estableciendo que existe una prohibición para el empleador de intervenir en el contenido de los mensajes de los medios informáticos brindados a sus trabajadores, salvo que exista una investigación de carácter judicial previa, pues ello vulneraría su derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (Expediente 5532-2014-AA/TC, 2018).

En la actualidad, las nuevas tecnologías poseen un rol central en el ámbito de las relaciones laborales, su importancia para permitir una mejor comunicación, tanto a nivel interno como con los consumidores, ha llevado a que el empleador provea a sus trabajadores de diversos medios tecnológicos para un uso estrictamente laboral. Ello abre la puerta a un conflicto que requiere de un análisis por parte del derecho constitucional: nos referimos al conflicto entre, por un lado, la facultad de fiscalización del empleador sobre el uso de dichos medios tecnológicos y, por el otro, el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores como un límite a dicha facultad.

Siendo el trabajador consciente de que la razón para la cual le ha sido entregado dicho medio tecnológico es el facilitar la realización de sus labores, debemos cuestionarnos si resulta lógico pensar que un trabajador pueda contar con la denominada 'expectativa de secreto o confidencialidad' en el correo electrónico institucional proporcionado por su empleador. Y si vamos aún más allá, ¿puede controlar el empleador las conversaciones en re-

des sociales de sus trabajadores en caso se hayan efectuado desde un soporte tecnológico brindado por este?

Plantear una respuesta a estas interrogantes en nuestro país encuentra grandes dificultades al no existir una norma que regule estos supuestos. El único reciente intento que hemos podido identificar para lograr una adecuada regulación se encuentra en los Proyectos de Ley 2604/2013-CR (2013) y 3329/2013-CR (2014). Ambos fueron respaldados por un dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, de fecha 24 de setiembre de 2014. Es posible verificar a partir de una lectura de ambos proyectos y del acta de la segunda sesión ordinaria de dicha comisión que proponían lo siguiente:

- a) Los trabajadores no cuentan con una expectativa razonable de privacidad al utilizar los medios informáticos en el centro de trabajo, en tanto el empleador es el titular de dichos medios
- b) Si el empleador previamente ha comunicado a sus trabajadores las políticas de uso de los medios informáticos, este se encuentra facultado para establecer medidas de fiscalización; siempre y cuando sean idóneas, y con base en causas objetivas y razonables (Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, 2014, p. 9)

Al respecto, encontramos una clara contradicción con lo establecido por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en tanto el dictamen del Congreso se encontraría a favor de permitir que el empleador controle el contenido de las comunicaciones de sus trabajadores en caso estas se realicen mediante medios tecnológicos brindados para uso exclusivamente laboral.

Como analizaremos más adelante, una posición similar a la adoptada por los proyectos de ley a los que hemos hecho referencia ha sido desarrollada recientemente por un voto en minoría de la actual composición del Tribunal Constitucional en la ponencia de la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC, publicada el 23 de setiembre de 2020. En efecto, puede verificarse que dicho voto en minoría respalda la facultad de fiscalización del empleador de los correos electrónicos institucionales con la condición de un previo aviso sobre las políticas de uso y control y que, incluso, realiza un importante análisis sobre los alcances de dicha fiscalización sobre las conversaciones en redes sociales de los trabajadores desde un soporte electrónico brindado por el empleador con fines estrictamente laborales (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020).

Es por ese motivo que consideramos que nos encontramos ante un tema actual de gran relevancia, el cual exige analizar las diversas consideraciones desarrolladas a nivel doctrinal y jurisprudencial para poder determinar una posición respecto a una correcta regulación para nuestro país.

En ese sentido, en primer lugar, delimitaremos el contenido constitucionalmente protegido del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Posteriormente, analizaremos lo señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país respecto a la facultad de fiscalización del empleador de los correos electrónicos institucionales. Asimismo, realizaremos una comparación con lo señalado tanto por la jurisprudencia española como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de modo que podamos determinar si aquello considerado por nuestro Tribunal Constitucional se encuentra acorde a los últimos pronunciamientos a nivel internacional. Finalmente, haremos un breve análisis sobre el control de las conversaciones en las redes sociales del trabajador realizadas mediante un soporte electrónico brindado por el empleador a la luz del reciente voto en minoría en la ponencia de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00943-2016-PA/TC, el caso Paucarcaja.

II. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES

El derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra recogido en el artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual, tal y como señala el profesor Díaz Revorio, representa un derecho fundamental autónomo que busca proteger la vida privada de la persona (2006, p. 125). Respecto al carácter autónomo de este, coincide con esta posición el profesor Samuel Abad Yupanqui, quien considera que no es posible sostener que este y el derecho fundamental a la intimidad sean equivalentes, pues una vulneración del primero no conlleva necesariamente la violación de este último (2012, p. 15).

En esa línea, debe tomarse en cuenta que nos encontramos frente a una 'garantía objetiva', la cual protege "cualquier comunicación con independencia de su contenido, sean aspectos íntimos o cuestiones intrascendentes" (Díaz Revorio, 2006, p. 129). Este es el denominado 'carácter formal' que el profesor Abad Yupanqui considera que posee este derecho fundamental, el cual permite afirmar que este "comprende toda la comunicación con independencia de cuál sea su contenido" (2012, p. 17).

Por lo tanto, una primera aproximación a este derecho fundamental nos permite concluir que se trata de un derecho autónomo que no puede ser confundido con el derecho a la intimidad. Asimismo, es posible afirmar que este derecho fundamental representa una garantía formal y objetiva que protege toda comunicación, sin importar su contenido.

Ahora bien, en relación con el bien constitucionalmente protegido por este derecho fundamental, el profesor Gimeno Sendra considera que este se encuentra en el derecho a mantener el carácter reservado de una información privada, es decir, el derecho a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer su contenido (2011, p. 334). Por otro lado, el Tribunal Constitucional español ha considerado que el bien constitucionalmente protegido por este derecho fundamental es la libertad de las comunicaciones, como un contenido implícito que puede identificarse a partir de este derecho fundamental (S.T.C. 114/1984, 1984).

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que esta libertad de comunicaciones puede ser vulnerada tanto "por la interceptación en sentido estricto (aprehensión del soporte o captación del proceso de comunicativo) como por el conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena)" (S.T.C. 114/1984, 1984). Ello confirma lo sostenido por el profesor Díaz Revorio, quien señala que aquello que es objeto de protección por parte de este derecho fundamental no debe limitarse "solo al contenido de la comunicación, sino que alcanza al soporte de la misma, así como las circunstancias que la rodean" (2006, p. 129).

De este modo, puede afirmarse que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones conlleva a una protección amplia de todo el proceso comunicativo, el cual va desde la comunicación hasta el soporte de la misma. Como veremos más adelante, esto puede tener una gran importancia respecto a los medios tecnológicos que el empleador brinda a sus trabajadores, como es el caso del celular o la computadora de la empresa, los cuales sirven como soporte de las comunicaciones y que también se encontrarían protegidos por este derecho fundamental, a pesar de no intervenir el empleador necesariamente en una conversación específica.

Corresponde ahora analizar quién posee la titularidad de este derecho fundamental. Según señala Díaz Revorio, es titular de este derecho cualquier persona natural o jurídica, siendo necesario anotar que evidentemente la persona jurídica solo podrá

mantener comunicaciones a través de la mediación de personas físicas (2006, p. 128). Asimismo, este autor añade que no es posible sostener que en una misma comunicación se dé una concurrencia de titularidades, siendo necesario utilizar criterios en el caso concreto, como el determinar quién es el propietario del medio utilizado o si la comunicación se hace a nombre de la persona jurídica (Díaz Revorio, 2006, p. 129).

Coincide con dicha posición Samuel Abad Yupanqui, quien agrega que “los titulares de este derecho son las personas que se comunican, por lo que este derecho se opone a los terceros, mas no a quienes intervienen en el proceso mismo de la comunicación” (2012, p. 16). En ese sentido, considera que la grabación de la conversación con otra persona sin su autorización no conlleva por ningún motivo a una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (Abad Yupanqui, 2012, p. 16).

Ante ello, queda claro que lo que se busca proteger es el proceso comunicativo de los terceros que no participan directamente en este, siendo posible afirmar, de acuerdo con la doctrina, que la titularidad de este derecho fundamental alcanza incluso a las personas jurídicas dependiendo de si la comunicación se hace a su nombre o si se utiliza un medio de su propiedad. Debemos prestar especial atención a esto, pues podría llevarnos a concluir la necesidad de limitar la protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores al realizarse una comunicación a nombre del centro de trabajo o a través de un medio tecnológico brindado por el empleador.

Debemos analizar, a continuación, si la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental por el Tribunal Constitucional peruano se encuentra en la misma línea de lo señalado anteriormente por la doctrina.

De este modo, a partir de una revisión de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano respecto al contenido de este derecho fundamental, puede identificarse que en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recaída en el Expediente 00867-2011-PA/TC (2014) se establece que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones prohíbe que las comunicaciones y documentos privados puedan ser interceptados o conocidos por terceros ajenos al proceso comunicativo, salvo que exista una autorización judicial de por medio. En esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional señaló en el tercer fundamento jurídico de la misma sentencia que la protección de este derecho no alcanza a quien registra, capta o

graba su propia conversación ni tampoco a aquel que, siendo parte de dicha comunicación, autoriza a un tercero para que acceda a la comunicación (Expediente 00867-2011-PA/TC, 2014).

Esta definición coincide con lo señalado por la doctrina, siendo aquello que busca protegerse el proceso comunicativo de los terceros ajenos a la comunicación misma. Por lo tanto, la definición de nuestro tribunal se encuentra en armonía con nuestras aproximaciones respecto al bien constitucionalmente protegido y a la titularidad de este derecho fundamental que hemos desarrollado en los párrafos anteriores.

Ahora bien, es necesario anotar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano establece como límite al ejercicio de este derecho la existencia de una autorización judicial debidamente motivada, lo cual se encuentra recogido expresamente en nuestra Constitución. En relación a este límite, el profesor Samuel Abad Yupanqui considera que es posible afirmar que nuestro país acoge la tesis del “monopolio judicial” de las intervenciones sobre las comunicaciones privadas (2012, p. 14) o, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, la “garantía de judicialidad” (Expediente 1058-2004-AA/TC, 2004, fundamento 22). Ello encuentra su base en lo recogido por el artículo 15 de la Constitución italiana de 1948 y el artículo 18, inciso 3, de la Constitución española (1978), razón por la cual analizaremos la jurisprudencia de España más adelante, pues ambos países poseen un modelo de regulación de este derecho fundamental similar al nuestro.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano también ha establecido que este derecho fundamental “comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (Expediente 2863-2002-AA/TC, 2003, fundamento 3). Ello coincide con el carácter formal de este derecho fundamental que hemos reconocido anteriormente y permite confirmar su carácter autónomo frente al derecho fundamental a la intimidad por parte de nuestra jurisprudencia constitucional.

Finalmente, debemos destacar que nuestro tribunal ha considerado en reiterada jurisprudencia que este derecho “se dirige a garantizar de manera inequívoca la impenetrabilidad de la comunicación en cualquiera de sus formas o medios” (Expediente 00867-2011-PA/TC, 2014, fundamento 3). Por lo tanto, el Tribunal Constitucional coincide con la propuesta de una protección amplia a todo el proceso comunicativo, el cual va desde la comunicación hasta el soporte de esta.

Consideramos que la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental por parte de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional es correcta, pues ha logrado recoger las principales características establecidas por un importante sector de la doctrina, lo cual creemos permite una adecuada protección de las comunicaciones y documentos privados en nuestro país. Corresponde ahora analizar el ejercicio de este derecho fundamental en un ámbito específico como son las relaciones laborales, siendo necesario partir por analizar lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano, con el objetivo de determinar si su jurisprudencia se encuentra acorde a los recientes pronunciamientos a nivel comparado.

III. EL DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES EN LA RELACIÓN LABORAL: EL CASO DEL CORREO ELECTRÓNICO INSTITUCIONAL

Antes de pasar a analizar cuál ha sido el tratamiento de este derecho fundamental en el ámbito de las relaciones laborales por nuestro Tribunal Constitucional, debemos contextualizar nuestro análisis en el conflicto que se presenta para su ejercicio por parte de los trabajadores frente a la facultad de fiscalización por parte del empleador de los medios tecnológicos brindados para un uso estrictamente laboral.

Al respecto, se ha señalado que la intervención de las comunicaciones de los trabajadores por parte del empresario conlleva un necesario análisis sobre el contenido y los límites del poder de fiscalización empresarial, lo cual permite identificar algunos derechos fundamentales enfrentados: por un lado, “el derecho de organización del empresario y la libertad de empresa”; y, por otro lado, “los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores de la empresa” (García Bel & García Sánchez, 2015, p. 122).

Ahora bien, tal y como ha señalado parte de la doctrina española, podría pensarse que los contenidos de un ordenador de propiedad de la empresa son precisamente de la empresa, por lo que la invocación de derechos del trabajador como su intimidad personal quedan fuera de lugar, en tanto nos encontramos frente a datos o informaciones empresariales a las que debe tener acceso el propietario (Aba-Catoira, 2011, p. 269).

Sin embargo, “esta argumentación no se sostiene desde la concepción de los derechos fundamentales como normas iusfundamentales que vinculan a todos, particulares y Estado, y que nunca desaparecen” (Aba-Catoira, 2011, p. 269). En ese senti-

do, “los derechos que puede invocar el trabajador para evitar la intervención empresarial representan límites que se han de respetar para que ese acceso sobre los equipos informáticos no devenga en una restricción injustificada de derechos” (Aba-Catoira, 2014, p. 92).

Por lo tanto, no es posible dar solución a este conflicto vaciando de contenido los derechos fundamentales de los trabajadores, los cuales no pueden ser limitados de forma irrazonable, siendo necesario encontrar una solución razonable y proporcional que no termine por vaciar de contenido ningún derecho fundamental.

Es importante tomar en cuenta que María Belén Cardona Rubert señala que la incorporación de las nuevas tecnologías a las relaciones laborales plantea dos grandes cuestiones: (i) los límites al uso para fines no laborales de los medios informáticos que pertenecen al empleador; y (ii) “la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia” por parte del empleador (2015, p. 34).

En la presente investigación, nos centraremos en el segundo de estos nuevos retos que plantea el uso de nuevas tecnologías en la relación laboral, pues su implementación conlleva un gran aumento de las facultades de control del empleador (Cardona Rubert, 2015, p. 35). Al respecto, debe tomarse en cuenta que ello puede generar una grave vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Asimismo, nos centraremos en el análisis de un medio tecnológico específico que ha tenido una gran importancia en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, lo cual nos ayudará a encontrar criterios que podrán ser del mismo modo aplicados a otros medios tecnológicos: nos referimos específicamente al correo electrónico que brinda el empleador para fines laborales o, también llamado, ‘correo electrónico institucional’.

El análisis de los límites del uso de este medio tecnológico por parte de los trabajadores para fines personales presenta una gran importancia, pues, como señala Cardona Rubert

un uso abusivo del correo electrónico institucional puede generar diversos perjuicios al empleador, los cuales van desde el tiempo que el trabajador no emplea para cumplir con sus labores o la distracción que genera en sus compañeros mediante la remisión de comunicaciones con contenido que escapa completamente a lo laboral, hasta situaciones más graves, como la envío de información confidencial relacionada a otros trabajadores, clientes o proveedores a

personas fuera de la organización de la empresa, entre otras (2015, p. 36).

Incluso, surgen supuestos en los que el empleador posee “interés directo en fiscalizar el tráfico de mensajes electrónicos personales, como son los casos de «acoso sexual» o de «espionaje industrial»” (Martínez Fons, 2005, p. 225).

Ello nos muestra claramente la importancia de este tema en la actualidad, donde la ausencia de una adecuada comprensión del tema puede generar desde fuertes perjuicios para el centro laboral hasta un uso abusivo de las medidas de control y vigilancia por parte del empleador. Es por este motivo que, a continuación, analizaremos lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú sobre este conflicto y el uso del correo electrónico institucional.

A. Alcances de la jurisprudencia el Tribunal Constitucional del Perú

1. La exigencia absoluta de una investigación judicial para autorizar la intervención sobre el correo electrónico por parte del empleador

La primera sentencia que se pronuncia sobre estos temas es aquella recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC, publicada el 16 de setiembre de 2004, en la cual un trabajador de SERPOST S.A. demanda haber sido despedido por haber enviado material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico de la empresa, es decir, desde el correo institucional, durante el horario de trabajo y a través de una computadora del centro laboral.

Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que, en relación con las facilidades técnicas o informáticas brindadas por la empresa a los trabajadores, el hecho de que la fuente o soporte pertenezca a la empresa por ningún motivo significa que esta última sea la titular de forma exclusiva y excluyente de tales comunicaciones y documentos (Expediente 1058-2004-AA/TC, 2004, fundamento 18).

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que en dicha sentencia el Tribunal Constitucional aclara que ello no significa que el empleador no pueda hacer uso de su poder fiscalizador en caso se incumplan las obligaciones de trabajo. Sin embargo, añade que deben implementarse mecanismos que no distorsionen el contenido de los derechos fundamentales del trabajador.

Asimismo, señaló que era necesario el inicio de una investigación judicial para determinar si el trabajador utilizó el correo electrónico para fines

distintos a sus obligaciones laborales. En ese sentido, consideró que, al sustentarse la empresa demandada simplemente en su facultad fiscalizadora para acceder a los correos institucionales de sus trabajadores, se vulneró el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad del demandante al no existir un mandato judicial de por medio (Expediente 1058-2004-AA/TC, 2004).

Posteriormente, se publicó la sentencia recaída en el Expediente 04224-2009-PA/TC, publicada el 1 de agosto de 2011, en la cual la demandante fue despedida al haberse comunicado, a través de su correo electrónico Hotmail, con un extrabajador sobre información confidencial de la institución y sobre su opinión del presidente del directorio y de la gerencia, lo cual dañaba su honor. Dicha comunicación se realizó durante el horario de trabajo y a través de una computadora brindada por el empleador.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional peruano reiteró en su décimo sexto fundamento jurídico los criterios establecidos en la sentencia antes mencionada, reafirmando la importancia del respeto de los derechos fundamentales en la fiscalización del empleador en estos casos, así como la obligación de iniciar una investigación de tipo judicial para determinar el correcto uso del correo electrónico por parte del trabajador (Expediente 04224-2009-PA/TC, 2011).

Luego de haber revisado ambas sentencias, consideramos necesario señalar nuestras apreciaciones.

En primer lugar, coincidimos con la posición del tribunal respecto al límite de la facultad de fiscalización del empleador, el cual debe respetar en todo momento el contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores. De esta manera, se confirma su supremacía y su obligatorio cumplimiento por parte de las entidades estatales y los privados.

Sin embargo, consideramos que el tribunal ha pasado por alto un detalle de gran importancia en su análisis, el cual se refiere a la necesaria distinción entre el control sobre un correo electrónico personal utilizado en la computadora del centro laboral y el control sobre el correo electrónico institucional. Y es que una interrogante que no fue planteada en ambas sentencias es la siguiente: ¿es necesario contar con un mandato judicial para controlar las conversaciones en el correo institucional si es que previamente el trabajador era consciente de la posibilidad de su revisión por parte del empleador si es que este era utilizado para fines personales?

Ello no fue analizado por el tribunal en dichas sentencias, en las cuales, más bien, se ha planteado

una posición similar a aquella de la Suprema Corte de Justicia de México. En una sentencia del 2011, esta consideró que no importa quién es el propietario del medio informático para justificar que este pueda acceder al correo.

Al respecto, dicha corte señaló que, siendo una de las características del correo “su virtualidad y ubicuidad, [aquello que se protege] es la comunicación en sí, siendo el tipo de computador y su propietario simples cuestiones accidentales” (Cobos Campos, 2017, p. 58). Al igual que el caso de México, nuestro Tribunal Constitucional se limitó hasta ese momento a cerrar las puertas a un control del correo electrónico, ello sin evaluar la necesaria distinción que debe hacerse entre los tipos de correo electrónico, los cuales fueron parcialmente tomados en cuenta en sentencias posteriores del mismo tribunal, las cuales analizaremos a continuación.

2. La distinción entre el correo electrónico personal y el institucional: surgimiento de la ‘expectativa de confidencialidad’

Debemos, a continuación, hacer referencia a las sentencias recaídas en los Expedientes 03599-2010-AA/TC y 00114-2011-PA/TC, publicadas el 23 de abril de 2012 y el 24 de mayo de 2012 respectivamente. Ambas demandas de amparo fueron declaradas fundadas por el tribunal peruano, al considerar que se había producido la vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores que habían sido despedidos.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que la empresa demandada había intervenido en la conversación de sus trabajadores, las cuales se habían producido a través de un *chat* virtual llamado Net Send, un servicio de mensajería instantánea donde era posible sostener conversaciones en tiempo real, herramienta que fue otorgada por el empleador exclusivamente para coordinaciones laborales.

Puede observarse que la sentencia en su mayoría, en ambos casos, no logra llegar a un consenso sobre los límites de la facultad de fiscalización del empleador en el correo electrónico institucional o en un *chat* proporcionado para fines laborales, siendo necesario detenernos a analizar cada uno de los votos de los magistrados del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, podemos identificar los votos de los magistrados Mesía Ramírez y Calle Hayen, los cuales siguen el criterio establecido anteriormente, considerando que en el presente caso solo era posible intervenir en las conversaciones del servi-

cio de mensajería brindado por el empleador si se contaba previamente con un mandato judicial que justifique la intromisión en dichas comunicaciones (Expediente 03599-2010-AA/TC, 2012; Expediente 00114-2011-PA/TC, 2012).

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que el magistrado Mesía Ramírez realiza en su voto una distinción entre el correo electrónico personal, por un lado, y el correo electrónico o el servicio de mensajería proporcionado por el empleador, por el otro. En esa línea, señala en el quinto fundamento jurídico de su voto que existen dos posturas respecto a estos últimos, las cuales se diferencian por si se exige o no una resolución judicial debidamente motivada (Expediente 03599-2010-AA/TC, 2012; Expediente 00114-2011-PA/TC, 2012). Finalmente, a pesar de realzar esta importante distinción, opta por considerar que los correos electrónicos y servicios de mensajería proporcionados por el empleador requieren de un mandato judicial para proceder a su intervención. Ello representa un primer avance hacia la distinción entre los tipos de correos electrónicos que hemos indicado anteriormente.

Por otro lado, debemos destacar lo señalado en el voto del magistrado Eto Cruz en ambas sentencias, quien resalta en su noveno fundamento jurídico que aquello que debe ser considerado como privado cuando hablamos de este derecho fundamental no se encuentra referido “al tipo de contenido o mensaje comunicado, sino a la cualidad del medio empleado”, a partir de la cual surge una expectativa de confidencialidad (Expediente 03599-2010-AA/TC, 2012, fundamento 9; Expediente 00114-2011-PA/TC, 2012, fundamento 9). De este modo, considera que “el elemento central en la definición del derecho es el tipo de medio empleado para la comunicación”, donde este será considerado como privado “por las características intrínsecas de dicho medio y por las condiciones bajo las cuales se utiliza” (Expediente 03599-2010-AA/TC, 2012, fundamento 9; Expediente 00114-2011-PA/TC, 2012, fundamento 9).

A partir de esta cita, puede verificarse cómo en este voto se introduce el concepto de expectativa de confidencialidad que ha sido analizado por la jurisprudencia y doctrina española, como veremos más adelante. Ahora bien, el magistrado Eto Cruz considera que son dos los elementos necesarios para configurar dicha expectativa, la cual además permite considerar que una comunicación se encuentra protegida por este derecho: (i) el medio haya sido utilizado para realizar una comunicación con una persona en particular o un grupo cerrado de participantes; y (ii) que hayan sido empleados medios que objetivamente generen que una per-

sona asuma que la comunicación se mantendrá en secreto (Expediente 03599-2010-AA/TC, 2012; Expediente 00114-2011-PA/TC, 2012).

Este voto es de gran importancia, pues los votos de los magistrados Álvarez Miranda y Urviola Hani en ambas sentencias parten del concepto de expectativa de confidencialidad desarrollada por el magistrado Eto Cruz.

Al respecto, el magistrado Álvarez Miranda considera que las cuentas de correo electrónico que son propiedad del empleador deben ser utilizadas para fines estrictamente laborales (Expediente 03599-2010-AA/TC, 2012; Expediente 00114-2011-PA/TC, 2012). Ello se encuentra justificado en el hecho de que la marca o nombre comercial del empleador podría verse perjudicada a través de dichas comunicaciones, así como también podría tener como consecuencia que el empleador deba enfrentar futuros litigios judiciales. En ese sentido, considera que un medio informático propiedad del empleador, proporcionado como herramienta de trabajo, no permite que el trabajador pueda asumir la existencia de una expectativa razonable de confidencialidad.

Asimismo, el magistrado Urviola Hani considera en el sexto fundamento jurídico de su voto que en el caso concreto “no es posible afirmar la existencia de una expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones” (Expediente 03599-2010-AA/TC, 2012; Expediente 00114-2011-PA/TC, 2012), pues el reglamento interno de trabajo había previsto la prohibición de dar un uso distinto al laboral a los medios informáticos brindados para dicho fin.

Luego de haber podido revisar lo señalado en los diversos votos de los magistrados en ambas sentencias, puede verificarse una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Es evidente como de una concepción que no distinguía entre el correo electrónico personal y el institucional, y que, además, establecía la prohibición de su intervención al empleador de forma absoluta, se ha pasado a tener un arduo debate en la jurisprudencia constitucional a partir de la introducción de la noción de ‘expectativa de confidencialidad’.

Sin embargo, como ha podido verificarse, no existía hasta ese momento un verdadero consenso por parte de la jurisprudencia constitucional. Debe tomarse en cuenta que transcurrieron ocho años entre lo establecido por la sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC y las sentencias analizadas en este apartado, sin que sea posible encontrar una solución para las consecuencias ne-

gativas que trae para el empleador el no poder establecer mecanismos adecuados para el control de las comunicaciones realizadas a través del correo electrónico por él proporcionado.

A continuación, analizaremos dos recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, de modo que podamos verificar si luego de casi diez años desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional apenas analizados sobre este tema, se ha logrado identificar nuevos criterios que se encuentren en armonía con lo establecido por la jurisprudencia internacional en torno a cuáles deberían ser los límites al poder de control del empleador en estos casos.

3. Los avances hacia el reconocimiento de la facultad de fiscalización del empleador sobre el correo electrónico institucional

La sentencia recaída en el Expediente 5532-2014-PA/TC, publicada el 14 de diciembre de 2018, se encuentra referida a una demanda de amparo interpuesta por una trabajadora de la empresa Cencosud Perú SA, la cual fue despedida por supuestamente haber difundido de forma irresponsable información que generaba un grave perjuicio a la imagen de la empresa desde su cuenta de correo electrónico institucional.

En los fundamentos 4 y 5 de la sentencia fueron confirmados los criterios establecidos en las sentencias recaídas en los Expedientes 1058-2004-AA/TC (2004) y 3599-2010-PA/TC (2012), considerando que una intervención del empleador en los medios informáticos brindados a los trabajadores, sin que se haya iniciado previamente una investigación judicial, representa una vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (Expediente 5532-2014-PA/TC, 2018).

En el caso concreto, el Tribunal Constitucional consideró que, al ser la propia empresa demandada la que adjuntó en la carta de preaviso de despido las impresiones de pantalla sin poder acreditar que fueron obtenidas a través de su trabajadora, el despido del que había sido objeto la demandante correspondía ser declarado nulo.

A pesar de ello, merece una especial mención el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez, en el cual sostiene que no es posible que los trabajadores presenten una expectativa razonable de privacidad cuando se trata de mensajes enviados a través del correo institucional o de los ordenadores que han sido proporcionados por el empleador (Expediente 5532-2014-PA/TC, 2018). En esa línea, considera que el solo hecho de que el empleador

brinde medios informáticos a sus trabajadores genera una presunción de falta de expectativa razonable de privacidad.

Esta última posición ha sido desarrollada por el voto en minoría en la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC, publicada el 23 de setiembre de 2020. La ponencia del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña, suscrita por los magistrados Ramos Núñez y Blume Fortini, realiza un importante análisis en torno a la facultad del empleador de fiscalizar el correo electrónico institucional de sus trabajadores.

En ese sentido, puede verificarse que, luego de evaluar los recientes pronunciamientos jurisprudenciales a nivel comparado, el voto en minoría presente en la ponencia establece lo siguiente:

Por lo tanto, este Tribunal debe reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa.

Asimismo, este Tribunal debe precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020, fundamentos 29 & 30).

Como puede verificarse, el voto en minoría realiza un importante avance en torno al reconocimiento de la facultad de fiscalización del empleador sobre el correo electrónico institucional, estableciendo requisitos y criterios relacionados a: (i) la necesidad de comunicar previamente al trabajador sobre las políticas de uso del correo institucional y de control por parte de la empresa, y (ii) el respeto del principio de proporcionalidad en la intervención, evitando que esta sea desmedida sobre el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020).

Lamentablemente, este último pronunciamiento del Tribunal Constitucional no logró los votos necesarios para emitir una sentencia en mayoría, por lo que queda evidenciado que la jurisprudencia constitucional no ha logrado aún establecer de forma uniforme nuevos criterios que permitan lo-

grar soluciones a los perjuicios que puede sufrir el empleador por uso indebido del correo electrónico institucional.

Como puede verificarse, la posición que mantiene el Tribunal Constitucional de nuestro país coincide con lo establecido por la Casación 14614-2016, en la cual la Corte Suprema ha cerrado las puertas a la intervención de las comunicaciones al empleador de forma absoluta (2017). La adopción de una postura como esta, nos obliga a analizar los pronunciamientos a nivel internacional y que han sido tomados en cuenta por el voto en minoría en la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC, de modo que podamos plantear nuevos criterios en el panorama que plantea la evolución de las relaciones laborales a causa de las nuevas tecnologías.

B. Desarrollo por parte de la jurisprudencia de España

Como hemos señalado anteriormente, España presenta un modelo de regulación constitucional similar al de nuestra Constitución de 1993. En ese sentido, consideramos que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional de este país debe servir como una importante referencia a tomar en cuenta para futuros pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional.

Un importante antecedente en ese país fue la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, del 26 de setiembre de 2007 (S.T.S. 6128/2007). Allí, se estableció que “el ordenador era una herramienta de trabajo, propiedad del empresario, y que, en consecuencia, la potestad de control y supervisión derivaba de forma directa del poder de dirección del empresario” (García Bel & García Sánchez, 2015, p. 118). Asimismo, se consideró que dicha potestad del empleador no podía ser utilizada sin respetar los derechos fundamentales del trabajador, por lo que “las pruebas obtenidas mediante ese control empresarial que pudiesen vulnerar el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones de los trabajadores serían consideradas ilícitas” (García Bel & García Sánchez, 2015, p. 118).

Sin embargo, y esto es lo que debe ser destacado de esta sentencia, estableció que, si el empresario

ha destruido esa presunción de privacidad o confidencialidad en el uso personal del ordenador o el correo electrónico proporcionado por este, ese control de los medios informáticos no vulneraría los derechos a la intimidad y de secreto de las comunicaciones (García Sánchez & García Bel, 2015, p. 118).

Al respecto, consideró que la forma en la cual debía eliminarse esa presunción de confidencialidad se encontraría en establecer de forma previa: (i) “las reglas del uso del ordenador”, e (ii) “informando a los trabajadores de la existencia de control y de las medidas aplicables en cada caso” (García Sánchez & García Bel, 2015, p. 118).

Ello fue confirmado en una posterior sentencia de la Cuarta Sala del mismo órgano, del 6 de octubre de 2011 (S.T.S. 8876/2011), donde “aceptó las pruebas aportadas mediante el control del empleador de los medios informáticos proporcionados al trabajador, debido a que la trabajadora era concedora de la prohibición absoluta por parte del empresario de un uso personal de las herramientas informáticas” (García Sánchez & García Bel, 2015, p. 118).

Ello llevó a la necesidad de que la jurisprudencia constitucional se pronuncie sobre el tema, al encontrarse involucrados derechos fundamentales de los trabajadores. En esa línea, el Tribunal Constitucional español reconoció en el quinto fundamento jurídico de la sentencia 241/2012 (2012) lo señalado previamente por la Cuarta Sala, respecto a que los medios informáticos de propiedad del empleador se encuentran sujetos a las facultades de control de este último. En ese sentido, consideró que el empresario debe establecer pautas relacionadas al uso de dichos medios e indicar a los trabajadores sobre la presencia de controles, así como de las medidas concretas que son empleadas (S.T.C. 241/2012, 2012). Ello, sin que deba descartarse la aplicación de otras medidas preventivas como el bloqueo de algunas páginas web (S.T.C. 241/2012, 2012).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional español emitió una segunda sentencia respecto a este tema, la sentencia 170/2013, donde reconoció en su cuarto fundamento jurídico la facultad del empleador de fiscalizar los correos electrónicos de sus trabajadores si es que la evaluación sobre la medida aplicada permite concluir que se ha respetado el principio de proporcionalidad (2013). De este modo, estableció que debe tratarse de una medida ponderada y equilibrada que cumpla con los siguientes criterios: (i) el control del empleador ha de realizarse respetando determinadas garantías, como es el caso de la presencia de un perito informático o un notario; (ii) el contenido de las comunicaciones no deben mostrar aspectos de la vida personal y familiar del trabajador, debiendo limitarse a la información relacionada con las actividades laborales; y (iii) el control del empleador no debe tratarse de una fiscalización desproporcionada respecto a la privacidad del trabajador (S.T.C. 170/2013, 2013).

Como puede comprobarse, la jurisprudencia española apuesta por permitir el control de las comunicaciones a través de los medios informáticos proporcionados para un uso estrictamente laboral, si y solo si, el empleador ha cumplido con informar previamente las pautas de uso de dichos medios, así como las medidas de control a adoptarse. De este modo, puede verificarse una posición contraria a lo señalado por la Casación 14614-2016 (2017) y a la posición que actualmente mantiene vigente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, y que más bien rechaza el negar de forma absoluta el control del empleador sobre dichas comunicaciones.

C. Desarrollo por parte del TEDH

A continuación, consideramos de gran importancia destacar la publicación de una reciente sentencia de la Gran Sala del TEDH que desarrolla importantes criterios relacionados con la facultad del empleador de controlar el contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores. Nos referimos a la sentencia 61496/08, de fecha 5 de setiembre de 2017, asunto *Barbulescu c. Rumania*, caso sobre la intervención del empleador en una cuenta de Yahoo Messenger creada a petición del empleador, con el fin de interactuar directamente con los clientes; es decir, un correo institucional.

En dicha sentencia se estableció que el vigilar y el acceder al contenido de los mensajes enviados por un trabajador mediante medios que son de propiedad del empleador, representa una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, si es que este no había sido previamente informado de esta posibilidad (*Barbulescu c. Rumania*, 2017). Asimismo, se señaló que la sola existencia de normas que no permitían que estos sean empleados con fines personales no justificaba los actos de empleador (*Barbulescu c. Rumania*, 2017).

En esa línea, la Gran Sala del TEDH ha establecido los siguientes criterios en el párrafo 120 de la sentencia recaída en el asunto *Bărbulescu c. Rumania* para determinar si es que quien brinda los medios puede fiscalizar las comunicaciones de sus trabajadores: (i) el trabajador debe haber sido informado previamente de las medidas que serán utilizadas, así como del alcance de las mismas, y no basta con informar de forma general sobre la posibilidad de utilizar medidas de vigilancia; (ii) las medidas empleadas deben ser proporcionales, tomando en cuenta el grado de intromisión en la vida personal y familiar del trabajador, así como la preferencia por aplicar la medida menos gravosa; (iii) el empleador debe demostrar que efectivamente existen motivos que sean concretos y previos al control que justifiquen tal medida; y (iv) la medida

debe emplearse antes del inicio del procedimiento disciplinario por parte del empleador (2017).

Como puede comprobarse, queda clara la posición de la Gran Sala a favor de la posibilidad de controlar el contenido de los correos electrónicos desde los medios informáticos otorgados por el empleador si es que se cumple con los criterios antes señalados, los cuales han sido tomados en cuenta por el voto en minoría en la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC. Nuevamente, encontramos que lo aquí establecido es contrario a la Casación 14614-2016 (2017) y a la postura que mantiene hasta el momento la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, por lo que la jurisprudencia nacional estaría asumiendo una posición contraria al TEDH y alejada de las nuevas perspectivas que surgen a nivel internacional sobre la facultad de fiscalización del empleador a la luz de las nuevas tecnologías.

IV. NUESTRA POSICIÓN SOBRE EL CONTROL DE LAS COMUNICACIONES CONTENIDAS EN EL CORREO ELECTRÓNICO

Luego de una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, hemos podido concluir que existe un confuso panorama frente a los límites de la facultad de fiscalización de las comunicaciones contenidas en el correo electrónico institucional. Sin embargo, es claro que una posición que no cumpla con distinguir la protección del correo electrónico personal y el institucional, cerrando la posibilidad de control de forma absoluta, no solo sería contraria a lo señalado por reiterada jurisprudencia española y del TEDH, sino que, además, ignoraría por completo los graves perjuicios que puede traer para el empleador la prohibición de fiscalizar los medios tecnológicos de su propiedad que ha brindado con fines estrictamente laborales.

Es por ese motivo que nuestra posición es la de reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente le ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de control de sus comunicaciones, así como de las condiciones de uso permitido por el centro laboral. En otras palabras, coincidimos con aquella posición que busca un equilibrio dentro de las relaciones de trabajo y que considera que, en el caso del correo electrónico institucional o de cualquier servicio de mensajería proporcionado por el empleador para un uso estrictamente laboral, no es posible alegar una expectativa de secreto o privacidad en sus comunicaciones.

Sin embargo, debemos precisar que dicha intervención debe respetar ciertos criterios que hemos

podido determinar a partir de la jurisprudencia internacional y el voto en minoría en la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC. Estos se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

Nuestra posición se encuentra respaldada por un importante sector de la doctrina, el cual sostiene que

cualquier medida de vigilancia sobre la correspondencia electrónica debe ser estrictamente proporcional con los fines perseguidos con dicha medida, [de modo que] la intensidad de la actividad de vigilancia sobre el objeto de control, los correos electrónicos, ha de corresponder con el fin que justifica la restricción del derecho del trabajador (Martínez Fons, 2005, p. 225).

Coincide con nuestra posición Aba-Catoira, quien sostiene que “el principio de proporcionalidad es el instrumento aplicable para solucionar estos conflictos en la búsqueda de la armonización de los intereses de ambas partes” (2014, p. 96).

Por lo tanto, nos encontramos en desacuerdo con lo señalado por la Casación 14614-2016 (2017) y con la posición actual que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de nuestro país. Al respecto, consideramos que ni la Corte Suprema, ni el Tribunal Constitucional deberían mantener una postura contraria a que el reglamento interno de trabajo pueda facultar al empleador a revisar el correo electrónico institucional de sus trabajadores, pues creemos que con una adecuada y previa comunicación sobre las políticas de uso del medio tecnológico y de las formas de control, es posible aceptar una intervención del empleador en las comunicaciones del trabajador sin que se vulneren sus derechos fundamentales.

V. EL CASO DE LAS CONVERSACIONES EN REDES SOCIALES: ¿PUEDE EL EMPLEADOR ACCEDER AL CONTENIDO DE DICHAS CONVERSACIONES SI SE PRODUCEN EN LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE SU PROPIEDAD BRINDADOS AL TRABAJADOR?

Luego de haber expresado nuestra posición frente a la posibilidad del empleador de intervenir en las conversaciones del correo electrónico institucional si es que se cumple con los criterios antes señalados, es necesario ahora determinar cómo

deben resolverse aquellos casos en los que se produce una intervención por parte del empleador en las conversaciones de un trabajador a través de una red social. En efecto, “una de las cuestiones más actuales responde a la generalización de las redes sociales que suponen un potencial enorme para el desarrollo de la actividad empresarial y laboral sin precedentes” (Aba-Catoira, 2014, p. 105).

Al respecto, debemos partir por resaltar que el voto en minoría sobre la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC (2020) muestra un importante análisis en torno a la facultad de fiscalización del empleador sobre las redes sociales de sus trabajadores, específicamente Facebook.

El análisis del voto en minoría que recae sobre la ponencia surge a partir de la demanda de amparo del señor Marco Paucarcaja, quien fue despedido por la empresa Emapa Huaral S.A., debido a que el jefe de logística advirtió que su asistenta sostenía una conversación a través de Facebook Messenger desde la computadora del centro laboral, en la que el señor Paucarcaja le solicitaba las claves de acceso a los sistemas de información confidencial de la empresa.

A partir de este caso, el voto en minoría analiza si la posición a favor de la facultad de fiscalización por parte del empleador del correo electrónico institucional puede ser también aplicada al control sobre conversaciones del trabajador a través de una red social mediante un equipo de cómputo de propiedad de la empresa. Al respecto, el voto en minoría considera lo siguiente

En ese sentido, no es posible sostener que el hecho [de] que el empleador sea propietario del equipo utilizado para ingresar al Facebook permita considerar que una red social merece un tratamiento similar al de un correo electrónico institucional o cualquier medio de comunicación que forma parte de la empresa o que es creado a pedido de la empresa y que debe utilizarse principalmente para fines laborales. Por lo tanto, al ser Facebook un medio de comunicación externo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020, fundamento 33).

De este modo, puede comprobarse que el voto en minoría realiza una clara distinción entre la facultad de fiscalización del empleador, por un

lado, sobre el correo electrónico institucional u otros medios de comunicación de propiedad de la empresa para fines estrictamente laborales; y, por el otro, sobre las conversaciones sobre redes sociales mediante un equipo de propiedad de la empresa. En ese sentido, concluye que el hecho que Facebook represente un medio de comunicación externo a los instrumentos que brinda el trabajador, permitiría concluir una prohibición absoluta de intervención sobre las redes sociales de los trabajadores (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020).

Asimismo, consideramos de gran importancia resaltar el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez, quien realiza una interesante precisión respecto a la posición desarrollada por el voto en minoría, pues sostiene que no siempre Facebook representa un medio de comunicación externo a los instrumentos que brinda el empleador a sus trabajadores. En ese sentido, considera que “pueden existir trabajos como los de administradores de redes sociales (*community manager*) en los que la principal herramienta de trabajo es, precisamente, el empleo del Facebook, Twitter, u otra clase de plataformas” (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020).

En ese sentido, continúa el magistrado Ramos Núñez que en estos casos el empleador “se encuentre interesado respecto de la forma en que la página de su empresa o institución es administrada, por lo que bien podría fiscalizar los contenidos y las conversaciones que, en el uso de esa cuenta, realice el trabajador” (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020). Por lo tanto, puede verificarse una interesante distinción entre la fiscalización sobre las redes sociales privadas de los trabajadores y aquellas que pertenecen a la empresa, siendo posible el control sobre estas últimas en caso de un uso que pueda afectar los intereses del empleador.

En la búsqueda de poder desarrollar nuestra posición, debemos partir por tomar en cuenta que las redes sociales “comprenden plataformas creadas para intercambiar información, experiencias e intereses y generar espacios de convivencia entre los miembros de las comunidades virtuales que las integran” (Arrieta Zinguer, 2014, p. 20), permitiendo así su acceso a ellas desde cualquier lugar del mundo. En ese sentido, es evidente que se trata de un medio tecnológico ajeno al control del empleador, pues son los mismos usuarios quienes contratan un servicio específico con la empresa que administra la red social.

En esa línea, no es posible que el empleador alegue que cuenta con la posibilidad de intervenir en

las conversaciones producidas en una red social del trabajador por el simple hecho de ser propietario del soporte electrónico que permite su conexión. Ello se debe a que nos encontramos frente a un servicio que se brinda independientemente del equipo que se utilice para conectarse a esta plataforma virtual.

En ese sentido, coincidimos en líneas generales con la posición de la ponencia contemplada en la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC y nos encontramos en desacuerdo con sostener que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en el caso de conversaciones realizadas a través de una red social del trabajador, merece el mismo tratamiento que el de un correo electrónico institucional o cualquier medio de comunicación creado por pedido de la empresa y que deba ser de uso estrictamente laboral.

Sin embargo, consideramos necesario también precisar el importante aporte del fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez, el cual introduce el análisis sobre la facultad de fiscalización sobre las conversaciones sostenidas por los *community managers* encargados de las redes sociales de la empresa y donde podría encontrarse de por medio la imagen de la empresa o un uso indebido de dichas redes en horario laboral (Expediente 0943-2016-PA/TC, 2020). Por lo tanto, la posición propuesta en el voto en minoría en la sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC no puede ser entendida como una prohibición absoluta, siendo necesario analizar cada caso concreto en base a la función que cumple la red social dentro de la organización del centro laboral.

En conclusión, creemos que como las redes sociales del trabajador son plataformas externas a los instrumentos que brinda el empleador debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Por el contrario, será necesario realizar un análisis del caso concreto en aquellos casos en los que las conversaciones sean realizadas a través de una red social que pertenece al empleador.

Sin duda alguna, las nuevas tecnologías proponen retos de gran complejidad frente a la facultad de fiscalización dentro de las relaciones laborales en la búsqueda de que no se produzca una intervención grave y arbitraria sobre el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores. Lamentablemente, resulta imposible analizar todos los supuestos que surgen y seguirán apareciendo en torno a este actual y relevante tema de investigación, sin embargo, es-

peramos haber aportado algunas aproximaciones desde una perspectiva constitucional que puedan resultar de utilidad. ■

REFERENCIAS

- Aba-Catoira, A. (2011). Los derechos de la generación electrónica en el ámbito laboral. *Revista De Derecho*, (12), 257-279.
- (2014). La efectividad de los derechos de los trabajadores y del empresariado desde la implantación de las tecnologías en el ámbito laboral. *AFDUC*, (18), 79-106.
- Abad Yupanqui, S. (2012). El derecho al secreto de las comunicaciones: alcances, límites y desarrollo jurisprudencial. *Revista Pensamiento Constitucional*, (16), 11-29.
- Arrieta Zinguer, M. (2014). Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (12), 1-31. <https://doi.org/10.15425/redecom.12.2014.13>
- Cardona Rubert, M. B. (2015). Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional. *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 5(2), 33-51.
- Cobos Campos, A. P. (2017). El derecho a la intimidad de los trabajadores y acceso del patrón a los correos electrónicos empresariales y privados. *España Jurídica Journal of Law*, 18(1), 49-64.
- Díaz Revorio, J. (2006). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español. *Derechos Humanos México*, 1(2), 125-146.
- García Bel, M., & García Sánchez, J. D. (2015). El poder de control del empresario sobre el correo electrónico de sus trabajadores. A propósito de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2014. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (39), 117-123.
- Gimeno Sendra, V. (2011). La intervención de las comunicaciones. En G. Priori (ed.), *Proceso y Constitución*. ARA Editores.
- Martínez Fons, D. (2005). El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa. En S. Del Rey, & M. Luque (eds.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías* (pp. 187-237). La Ley.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Bărbulescu c. Rumania, App. No. 61496/08 (septiembre 5, 2017), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180112>.

Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, Acta de la segunda sesión ordinaria de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, 24 de setiembre de 2014 (Perú).

Constitución Española [C.E.], B.O.E. n. 311, 29 de diciembre de 1978 (Esp.).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú).

Costituzione [Cost.] (1948) (It.).

Proyecto de Ley 2604/2013-CR, Proyecto de Ley que regula el uso de los medios informáticos de comunicación en los centros laborales, presentado el 3 de septiembre de 2013 (Perú).

Proyecto de Ley 3329/2013-CR, Proyecto de Ley de uso de medios informáticos en el centro de Trabajo, presentado el 1 de abril de 2014 (Perú).

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 10 de marzo de 2017, Casación 14614-2016-Lima (Perú).

S.T.C., 29 de noviembre de 1984 (B.J.C., No. 114/1984) (Esp.).

S.T.C., 17 de diciembre de 2012 (B.J.C., No. 241/2012) (Esp.).

S.T.C., 7 de octubre de 2013 (B.J.C., No. 170/2013) (Esp.).

S.T.S., 26 de septiembre de 2007 (No. 6128/2007) (Esp.).

S.T.S., 6 de octubre de 2011 (No. 8876/2011) (Esp.).

Tribunal Constitucional [T.C], 29 de enero de 2003, sentencia recaída en el Expediente 2863-2002-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 18 de agosto de 2004, sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 19 de julio de 2011, sentencia recaída en el Expediente 04224-2009-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 10 de enero de 2012, sentencia recaída en el Expediente 03599-2010-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 10 de enero de 2012, sentencia recaída en el Expediente 00114-2011-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 17 de julio de 2014, sentencia recaída en el Expediente 00867-2011-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 14 de diciembre de 2018, sentencia recaída en el Expediente 5532-2014-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 23 de septiembre de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0943-2016-PA/TC (Perú).